

ACTAS DEL II CONGRESO IBERO-ASIÁTICO DE HISPANISTAS (KIOTO, 2013)

Shoji Bando y Mariela Insúa (eds.)



LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Luis María Pedriza Bermejillo
Universidad de Kinki-Osaka

I. INTRODUCCIÓN

Aunque para comprobar la veracidad del siguiente aserto debiera realizarse al menos una encuesta, no resultará demasiado arriesgado aventurar que si preguntáramos a un grupo de ciudadanos de a pie y a fecha de hoy (octubre de 2013) si saben quienes son Mariano Rajoy Brey, Alfredo Pérez Rubalcaba o Artur Mas i Gavarró, la respuesta sería mayoritariamente afirmativa. Sin embargo, no está tan claro que si preguntáramos por D. Pascual Sala Sánchez, o por D. Francisco Pérez de los Cobos, estos nombres resultaran tan familiares como el de los tres políticos inicialmente mencionados (reitero, esto también debería ser objeto de comprobación mediante encuesta). Pues bien, Pascual Sala Sánchez y Francisco Pérez de los Cobos, son por este orden, los últimos presidentes del Tribunal Constitucional español. Es posible que el nombre de Pérez de los Cobos sea mayormente conocido ya que, desde mediados del pasado julio de 2013, fue portada en los medios españoles, por la presunta incompatibilidad de su cargo como magistrado del Constitucional con su previa afiliación (confirmada) a un partido político¹. Para muchas voces de ideo-

¹ A modo de ejemplo transcribimos una serie de titulares aparecidos en diarios de información general de amplia difusión en España: «El presidente del Constitucional figura en la lista de afiliados del PP», *El País*, 17/7/2013; «El Constitucional defiende que su presidente milita en el PP», *El Periódico*, 18/7/2013; «Garzón acusa ahora a Pérez de los Cobos de incurrir en “una grave infracción”», *La Razón*, 26/7/2013; «Rafael Vera recusará a Francisco Pérez de los Cobos por su afiliación al PP», *El*

logía progresista, Pérez de los Cobos es el «magistrado del Partido Popular». Ahora bien, Pérez de los Cobos no ha dimitido, ni es posible que deba hacerlo pues, con la Ley en la mano, no resulta claro si su afiliación política lo inhabilita para el cargo que ostenta desde 2010². Sea como fuere, lo cierto es que su credibilidad como miembro del Tribunal Constitucional ha quedado en entredicho para gran parte de la ciudadanía.

El motivo de esta breve introducción, de tan escaso valor académico por otra parte, no es otro que poner de relieve una triste ironía: a pesar de la importancia y del crucial papel que ha tenido, tiene y debe tener el Tribunal Constitucional a la hora de garantizar los Derechos Fundamentales de los ciudadanos y la estabilidad institucional

Mundo, 28/7/2013; «El presidente del TC habría asesorado al PP en temas legales al menos desde 1992», *La Vanguardia*, 29/7/2013; «La Generalitat pide la recusación del presidente del Constitucional en 24 litigios», *ABC*, 30/7/2013.

² El artículo 127 de la Constitución Española establece: 1. *Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.* 2. *La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos. A su vez el artículo el artículo 19 apartado primero de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional dispone: 1. El cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible: Primero con el de Defensor del Pueblo; segundo con el de Diputado y Senador; tercero con cualquier cargo político o administrativo del Estado, las Comunidades autónomas, las provincias u otras Entidades locales; cuarto, con el ejercicio de cualquier jurisdicción o actividad propia de la carrera judicial o fiscal; quinto con empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional; sexto con el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos, asociaciones, fundaciones y colegios profesionales y con toda clase de empleo al servicio de los mismos; séptimo, con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. Finalmente el artículo 395 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: No podrán los Jueces o Magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido: 1.º Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. 2.º Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos. Una simple lectura de la normativa expuesta no determina de manera unívoca se un Magistrado del Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial, tiene vetado la simple militancia en un partido político.*

de la nación, esta institución, en ocasiones, es percibida como un órgano represor al servicio del partido político en el poder. Obvia decir que la autoridad de una institución para la adjudicación de controversias, que es al fin y al cabo lo que es un tribunal, reside en el respeto y la obediencia que se preste a sus decisiones. Desgraciadamente, no puede decirse que en los tiempos que corren el Tribunal Constitucional español goce una robusta popularidad para la gran mayoría de los españoles³.

En el presente trabajo, trataremos de explicar y justificar la existencia de una institución como el Tribunal Constitucional en la estructura constitucional de un Estado. En mi opinión, uno de los principales motivos por los que el Tribunal Constitucional es objeto de crítica es precisamente el impreciso conocimiento que se suele tener acerca de esta institución. En otras palabras, resulta sencillo y hasta cotidiano hacerse una idea de lo que es un tribunal de justicia ordinario, pero no suele resultar tan sencillo entender realmente en que consiste un tribunal constitucional. De este modo y tratando de evitar el tecnicismo innecesario, en un primer lugar nos centraremos en entender qué es y para qué sirve una institución como esta.

A continuación nos centraremos en la figura del Tribunal Constitucional español y lo compararemos con su precedente patrio: el Tribunal de Garantías de Constitucionales de la II República. La comparación no está fuera de lugar. En estos tiempos de preocupante inestabilidad institucional y política consecuencia, entre otras cosas, de la situación económica que vive España, suele percibirse en ciertos sectores de carácter progresista un anhelo por el sistema republicano y sus instituciones. Ya que algunas voces reivindican la legitimidad republicana para el presente, amerita pues referirnos a su experiencia.

Finalmente, concluiremos este artículo con una breve referencia al Derecho constitucional japonés. A nuestro juicio, podemos encontrar aquí una solución para corregir uno de los principales (sino el

³ La sentencia 031/2010 en la que se declara la inconstitucionalidad de varios preceptos del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006) es quizá el ejemplo más claro de resolución polémica adoptada por esta institución en los últimos años. La sentencia desde luego amerita una lectura detenida, pues ha sido criticada vehementemente por amplios sectores de la política española de manera, en nuestra opinión, desafortunada y apresurada. El texto puede consultarse en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=16273>

principal) defectos que suelen adolecer los tribunales constitucionales: su falta de legitimidad democrática. Como constitucionalista, el autor de estas páginas considera que la tradición constitucional japonesa tiene interesantes experiencias que aportar al debate académico ius-comparativista. Lástima que el sistema japonés sea aún mayoritariamente desconocido en Occidente en general y la Academia española en particular⁴.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Comencemos por lo esencial: ¿qué es un tribunal constitucional y para qué sirve? Contestaremos la pregunta refiriéndonos a dos cuestiones interconexas: «¿qué es una constitución?» y «¿qué es un juicio constitucional?».

A la hora de definir «constitución» son muchas las perspectivas que podemos adoptar: jurídica, política, sociológica, histórica, lingüística. Para el menester que nos ocupa, describiremos el término desde una perspectiva «narrativa». En otras palabras, abordaremos el concepto haciendo referencia al metarelato que la gran mayoría de constitucionalistas suele utilizar para «narrar» qué es una constitución.

Pues bien, una constitución es un pacto. Un acuerdo entre individuos para establecer una comunidad política en la que desarrollarán su vida en común. Una constitución crea el poder político al que los individuos (ahora ciudadanos) se someterán, en la creencia que dicho poder protegerá y garantizará sus libertades y derechos. La idea debe resultarnos familiar, pues no es más que la concreción práctica de la teoría (o teorías) sobre el Contrato Social, propuesta por tantos pensadores de la Ilustración y eclosionada como praxis política tras las revoluciones civiles que pusieron fin al Antiguo Régimen. Puede apreciarse esta naturaleza contractual de las constituciones en el relato presente en el preámbulo que suele encabezar la mayoría de los textos constitucionales aparecidos desde el siglo XIX. *Sensu contrario*, la ausencia del elemento consensual en el origen de una constitución, siempre acaba por cuestionar la legitimidad de la misma. Esto es lo que ocurrió con la vigente Constitución japonesa, resultado de la imposición de las Fuerzas Aliadas tras la derrota de Japón en la II

⁴ De reciente publicación, destacamos Barberán, 2013. Esta obra, única en lengua española, es referencia obligada para conocer el sistema jurídico japonés de manera científica. En lengua inglesa, destacamos Oda, *Japanese Law*, 2011.

Guerra Mundial⁵. Conviene aclarar eso sí, que el que una constitución sea el fruto de un pacto político no garantiza su estabilidad y viceversa. El constitucionalismo español está plagado de ejemplos de lo primero, mientras que la actual Constitución japonesa, inalterada por ya cerca de setenta años, es un paradigma de lo segundo⁶.

Siguiente cuestión: ¿qué es un juicio constitucional? Hemos indicado que una constitución es un pacto para la convivencia. Esto es, un acuerdo que establece unos principios justicia, tanto generales como especiales, y que garantiza una serie de derechos fundamentales (y una serie de correspondientes obligaciones) que posibilitan la vida común en un determinado “espacio político”: el Estado o la *Respublica*. A su vez el Estado es administrado por una o varias autoridades, a la que genéricamente denominaremos «poder»⁷. Pues bien, para asegurar una convivencia estable y pacífica el Poder debe adecuarse a la «voluntad general»⁸. Ahora bien, pese al carácter absoluto que tradicionalmente se ha otorgado a la voluntad general, como expresión y resultado del proceso democrático, esta no debe ser considerada como infalible e ilimitada, so pena de reducir el pacto constitucional a papel mojado. Porque la voluntad general, representa el interés de la mayoría política que detenta el Poder, y este tiene a imponerse a los intereses de las minorías y de los individuos, con el riesgo de menoscabar sus derechos. Así pues, la propia constitución debe dotarse de una serie de mecanismos y procedimientos que impidan el abuso de Poder y esto es lo que denominamos jurisdicción o justicia constitucional.

Para asegurar su eficacia y legitimidad, la jurisdicción constitucional debe atribuirse a órganos de naturaleza no política para intentar garantizar su neutralidad. Etimológicamente, la palabra «jurisdicción» (del latín *iurisdictio* y esta a su vez de la expresión *ius dicere*) significa precisamente «decir lo que es el Derecho», «determinar el contenido de la norma»: en el caso de la jurisdicción constitucional «determinar el contenido del Contrato Social». Esta es la función primordial de

⁵ Sobre este particular véase Pedriza, 2013.

⁶ Por su valor propedéutico, sobre constitucionalismo histórico en España ver Villarroya, 2012, de reciente publicación.

⁷ Utilizamos el término «poder» en el sentido de «soberanía» tal y como fue formulado por su primer teórico moderno Jean Bodin: «la puissance absolue et perpetuelle d'une République», Bodin, 1986, p. 179.

⁸ Ver Rousseau, *Du Contrat Social* II, pp. 369-371.

un tribunal constitucional: ser el intérprete (último) de la constitución, asegurando con ello la estabilidad y convivencia política.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Aunque nuestra historia constitucional se remonta a 1812 (hasta 1808 si incluimos el Estatuto de Bayona), la jurisdicción constitucional no aparecerá institucionalizada sino hasta 1931, en la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República⁹. En realidad esto no tiene nada de particular, ya que el Tribunal de Garantías tomaba como modelo el Tribunal Constitucional austriaco de 1920. Puede afirmarse entonces que el constituyente republicano se mostró receptivo hacia las constituciones más vanguardistas del momento. Sin embargo, la jurisdicción constitucional creada por la Constitución de 1931 resultó fallida. Razones de su fracaso pueden hallarse en la estructura y competencias de la institución.

El Tribunal de Garantías, establecido por la Constitución de 1931 en su artículo 122 y regulado por su preceptiva Ley Orgánica de 1933, estaba compuesto por:

- 1- Un presidente elegido por las Cortes, por un mandato de diez años.
- 2- Dos vocales natos: los presidentes del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado.
- 3- Veintitrés vocales electivos: dos diputados de las Cortes, dos abogados elegidos por los colegios de abogados, cuatro profesores de universidad elegidos por las facultades de derecho y catorce vocales regionales. Todos ellos con un mandato de cuatro años, produciéndose la renovación por mitades cada dos años. Los diputados eran renovados cada legislatura.

Pues bien, lo primero que llama la atención es la abrumadora presencia de cargos políticos entre los miembros del Tribunal.

Con respecto a sus competencias tenemos:

- 1- Conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- 2- Conocer del recurso de amparo de garantías individuales.
- 3- Juzgar conflictos de competencia entre el Estado y las regiones autónomas y de estas entre sí.
- 4- Examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes elegían al Presidente de la República.

⁹ Sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales ver Bassols Coma, 2012.

5- Enjuiciamiento de la responsabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros, del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

Pues bien, el Tribunal de Garantías apenas logró encontrar su lugar en el sistema institucional republicano durante los pocos años de vida de la II República. Ello se debió en primer lugar a la artificiosa composición del Tribunal que favorecía su excesiva politización; pero también deben señalarse dos factores extrínsecos a la propia institución, que acabaron condenándola. En primer lugar el ambiente revolucionario que predominó desde el inicio de la República, poco favorable a la presencia de un órgano no democrático capacitado para corregir la obra del legislador democrático. En segundo lugar, a la ausencia de Senado como segunda cámara dentro de la estructura legislativa de la II República. Esta circunstancia obligó al Tribunal a funcionar como una cámara parlamentaria más, lo que acabó minando su prestigio. El Tribunal se situó en medio de la controversia política de los convulsos años de la República, siendo privado de la que debe ser la virtud primordial de un órgano jurisdiccional: su neutralidad.

Tras la larga experiencia del Franquismo, la Constitución de 1978 sistematizará las funciones de jurisdicción constitucional en la figura del Tribunal Constitucional. La creación de este órgano fue aceptada de manera pacífica por los constituyentes del 78. Como es bien sabido, la nueva institución tomará como modelo los tribunales constitucionales italiano y alemán. La Constitución define al Tribunal Constitucional como órgano independiente, separado del Poder Judicial, único y con jurisdicción sobre todo el Estado. La concreta regulación del mismo viene prevista por su Ley Orgánica de 1979¹⁰.

Analicemos ahora la composición y competencias del Tribunal Constitucional, para poder compararlo así con el Tribunal de Garantías republicano. El Tribunal Constitucional se compone de 12 magistrados, elegidos 4 por el Congreso de los Diputados, 4 por el Senado, 2 por el Gobierno y 2 por el Consejo General del Poder Judicial. Su mandato dura 9 años y se renuevan por tercios cada 3 años. En el caso de la elección del Congreso y del Senado se requiere

¹⁰ Entre la inmensa bibliografía que puede consultarse acerca del Tribunal Constitucional reseñaremos, Aragón Reyes, 2009; Castilla Andreu, 2005; Cruz Villalón, 1987; García de Enterría, 1985.

una mayoría de 3/5 en la Cámara respectiva. Para ser elegido magistrado, se exige que los candidatos sean juristas de reconocida competencia con más de 15 años de experiencia profesional.

Con respecto a sus competencias el Tribunal Constitucional podrá conocer:

- 1- Del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad.
- 2- Del recurso de amparo.
- 3- De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí.
- 4- De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
- 5- De la declaración previa sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales.

Comparado con su precedente republicano, puede convenirse que, desde una perspectiva estructural, el Tribunal Constitucional fue diseñado como una verdadera institución de justicia constitucional; esto es, como un órgano independiente del poder político. Es por ello que se requiere que los magistrados sean juristas, se les otorguen mandatos más largos que una legislatura y se involucre en su designación a todos los poderes del Estado. Ahora bien, si esta era la intención del constituyente, en la práctica y cada vez de forma más acentuada, los dos grandes partidos políticos españoles pactan los nombres de los candidatos, repartiéndose los puestos a ocupar entre ellos. Esta práctica ha provocado irremediablemente la politización, o mejor dicho la partidificación del órgano. Así, nos encontramos con bloques de magistrados en función del partido que los ha propuesto: magistrados conservadores y magistrados progresistas. Esto acaba desprestigiando la imagen que del Tribunal tiene la ciudadanía, resultando especialmente funesto para una institución jurisdiccional, cuya autoridad depende en última instancia de la confianza y respeto que generen sus resoluciones. En la actualidad, el Tribunal Constitucional se percibe cada vez más como una institución alejada de la ciudadanía: el Tribunal Constitucional «no nos representa».

IV. CONCLUSIÓN

Y bien, ¿puede hacerse algo para paliar el creciente desprestigio del Tribunal Constitucional? ¿Algo para salvaguardar la legitimidad de su función? Antes que facilitar una respuesta conviene hacer hin-

capié en lo siguiente: es imposible asegurar al cien por cien la neutralidad de ninguna institución y por supuesto la de un magistrado del Constitucional. Los miembros de este Tribunal son seres humanos con sus propias inclinaciones políticas y convicciones morales. La neutralidad de los magistrados del Constitucional es una «asunto de confianza», una «cuestión de fe». Entonces, ¿puede hacerse algo para reforzar esa confianza? Nuestra respuesta entonces es afirmativa. El refuerzo puede lograrse a través de un mecanismo que dote de legitimidad democrática al nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional. Pues bien, un mecanismo en este sentido puede ser encontrado en la Constitución japonesa. Concretamente en su artículo 79 párrafo segundo que dispone:

La designación de los jueces de la Corte Suprema será sometida a la consideración del electorado en las primeras elecciones de representantes a la Cámara Baja que tenga lugar después de dicha designación. Transcurridos diez años y en lo sucesivo, este procedimiento se repetirá nuevamente con ocasión de las siguientes elecciones de representantes a la Cámara Baja. Cuando la mayoría del electorado se pronuncie a favor de la remoción de un juez, este será separado de su cargo. Las cuestiones relacionadas con este pronunciamiento serán establecidas por la ley.

Dicha norma establece un sistema conocido como “control popular” (*kokumin shinsa*), cuyo objetivo es someter a refrendo popular el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, incluido su propio presidente¹¹. Como es sabido, en Japón, la jurisdicción constitucional esta atribuida en última instancia a la Corte Suprema, en un sistema de control difuso, muy similar al *judicial review* norteamericano. La verdad es que este sistema representa una “anomalía” en una constitución como la japonesa, escasa en procedimientos de democracia directa. Y es cierto también que en su práctica, el “control popular” suele ser ignorado por la mayor parte del electorado (hasta ahora ningún juez de la Corte Suprema ha sido revocado). Sin embargo, creo sinceramente que el “control ciudadano” puede ser, *mutatis mutandis*, aplicado a la estructura del Tribunal Constitucional español.

¹¹ Sobre el sistema de control popular ver Nishikawa, *Saikôsaibansho saibankan kokuminshinsa no jissshôtekikenkyû* (Trad.: Un estudio positivista sobre el control popular de los magistrados de la Corte Suprema), 2012. Se trata del estudio más reciente sobre el tema en lengua japonesa.

Ello requeriría indefectiblemente de una reforma constitucional (por el procedimiento ordinario), pero merece la pena investigar esta posibilidad. En estos momentos de convulsión institucional y desconfianza en el sistema; en estos tiempos en los que una gran mayoría de españoles creen (creemos) necesarias importantes reformas en nuestra Constitución, quizá debamos prestar atención a sistemas pretendidamente alejados de nuestra tradición, e intentar con ello mejorar una institución como el Tribunal Constitucional, fundamental para nuestro sistema constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 11-43.
- Barberán, Francisco (coordinador), *Introducción al Derecho Japonés actual*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- Bassols Coma, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Editorial B.O.E, 2012.
- Bodin, Jean, *Les six livres de la République I*, Paris, Librairie Artheme Fayard, 1986.
- Castella Andreu, Josep M., «La diferente posición del Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional», en *Democracia y Constitución*, 2.º vol., ed. M. A. García Herrera, Madrid, UPV-CEPC, 2005, pp. 521-555.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1985.
- Nishikawa, Nobuichi, *Saikôsaibansho saibankan kokuminshinsa no jisshôteki-kenkyû*, Tokio, Gogatsu-shobô, 2012.
- Oda, Hiroshi, *Japanese Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Pedriza, Luis, «La validez jurídica de la Constitución japonesa», en Barberán, Francisco (coordinador), *Introducción al Derecho japonés actual*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 268-271.
- Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social II*, en *Oeuvres complètes III*, Paris, Editions Gallimard, 1964, pp. 369-371.
- Villarroya, Joaquín Tomás, *Breve Historia del Constitucionalismo Español*, Madrid, CEPC, 2012.